

DELINEAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA AUTORIZAÇÃO PARA EXECUÇÃO DOS SER- VIÇOS DO ART. 21, INCISOS XI E XII, DA CONSTITUIÇÃO

por Daniel Marchionatti Barbosa

Juiz Federal Substituto da 1ª Vara Criminal de Porto Alegre, especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Dinheiro. Ex-Procurador Federal.

Introdução

Dispõe o art. 21, da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu inciso XI, competir à União a exploração dos serviços de telecomunicações e, no inciso XII, competir à União a exploração dos serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (alínea a), dos serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (alínea b), da navegação aérea, aeroespacial e da infra-estrutura aeroportuária (alínea c), dos serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (alínea c), dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (alínea d), dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (alínea e) e dos portos marítimos, fluviais e lacustres (alínea f).

A exploração de tais serviços pode ocorrer de forma direta – pela própria União – ou mediante delegação, a qual pode se dar sob três regimes: autorização, concessão ou permissão.

O próprio texto constitucional delineia os regimes de concessão e permissão – art. 175. No entanto, não faz outras referên-

cias acerca do regime de autorização, o que leva a doutrina, na falta de esclarecimentos diretos do texto constitucional, a divergir acerca do conteúdo jurídico a ser atribuído a tal regime.

Tradicionalmente, a autorização de execução de serviço é tratada em nosso direito como “ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário”¹. Diferencia-se da licença, tida por ato vinculado².

Alguns doutrinadores afirmam que os incisos XI e XII do art. 21 da Constituição utilizaram o termo no sentido atribuído à expressão pela doutrina administrativista pré-constitucional. Por isso, a autorização seria ato administrativo discricionário e precário que delega ao particular a prestação de serviço atribuído ao ente público no interesse exclusivo do particular.

Outros defendem que o texto constitucional não primou pelo apuro técnico, sendo possível ao legislador atribuir sentido diverso ao termo, tratando a autorização como ato administrativo vinculado.

A discussão ganhou corpo e relevância em face da edição de diplomas legais que eliminaram a possibilidade de avaliação pela administração da conveniência e oportunidade do deferimento de autorização para determinadas frações dos serviços previstos no art. 21, incisos XI e XII, ou limitaram o poder da administração de revogar autorizações. É o caso da Lei 9472/97, Lei Geral de Telecomunicações, que afirmou expressamente a vinculação do ato de autorização (art. 131, §1º), e da Lei 9612/98, que previu a instauração de procedimento licitatório para deferimento de autorização, em caso de provocação de administrado, sem registrar possi-

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4ed., p. 133.

² Idem, ibidem, p. 137. “A doutrina do direito administrativo brasileiro é praticamente unânime em distinguir autorização e licença pela discricionariedade da primeira e pela vinculação da segunda”.

bilidade de avaliação de conveniência e oportunidade por parte do poder concedente. Semelhantemente, foram editados atos pela administração que, em face do poder regulatório deferido por lei, previram a irrevogabilidade por critérios de conveniência e oportunidade de atos de autorização (Portaria 170/98, Portaria 201/99, Portaria 202/99 e Portaria 203/99, todas da Agência Nacional de Petróleo, com competência outorgada pela Lei 9478/97, Lei do Petróleo).

A validade da vinculação estabelecida por tais diplomas pode ser contestada conforme o entendimento que se tenha acerca do regime de autorização.

A questão interessa ao Direito Constitucional, especialmente ao ordenamento econômico nacional (Capítulo I do Título VII da Constituição da República), visto que trata da execução por particulares, mediante delegação, de serviços que são da competência da União, podendo ser considerados públicos ou, ao menos, sujeitos a peculiar fiscalização estatal. Com isso, a controvérsia refere-se aos limites entre o público e o privado em relação a serviços que são de titularidade pública, pelo que deve ser considerada matéria atinente à organização fundamental do Estado, campo da matéria constitucional em sentido estrito. A questão interessa também ao Direito Administrativo e ao Direito Econômico e diz também respeito aos direitos fundamentais, visto que o art. 21, inciso XII, alínea a, trata da autorização para os serviços de radio-difusão sonora e de sons e imagens, ligada à liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX, da Constituição, Pacto de San Jose da Costa Rica, art. 13, item 3³) e à comunicação social (Capítulo V do Título VIII).

³ Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

O objetivo deste trabalho é analisar as correntes doutrinárias em conflito e extrair conclusão acerca do conteúdo do regime de delegação de serviço por autorização previsto no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição da República.

A Autorização de Serviço no Texto Constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil refere, em seu art 175, incumbir “ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Nota-se existir previsão de prestação indireta de serviços públicos apenas sob os regimes de concessão e permissão.

Já o art. 21, incisos XI⁴ e XII⁵, da Constituição da República, afirma competir à União a exploração dos serviços neles arrolados, diretamente ou sob os regimes de autorização, concessão ou permissão.

O texto da Constituição não traz maiores explicitações acerca do regime da delegação dos serviços por autorização, gerando divergências doutrinárias acerca do conteúdo de tal regime.

Como se explicará, a palavra autorização é, tradicionalmente em nosso direito, relacionada a ato administrativo discricionário e precário. Daí surgiu controvérsia acerca do conteúdo consti-

⁴ Serviços de telecomunicações.

⁵ São os seguintes os serviços arrolados no inciso XII do art. 21: radiodifusão sonora, e de sons e imagens (alínea a), serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (alínea b), navegação aérea, aeroespacial e da infraestrutura aeroportuária (alínea c), serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (alínea c), serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (alínea d), serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (aliena e) e portos marítimos, fluviais e lacustres (aliena f).

tucional do regime de autorização: usada a palavra em sentido próprio, normas que retirassem da administração a possibilidade de avaliar a conveniência e oportunidade da delegação seriam inconstitucionais. Em caso contrário, poderia o legislador reduzir ou mesmo eliminar a esfera de discricionariedade do administrador.

Atos Administrativos: Discricionariedade, Precariedade e Vinculação

Antes de analisar as teses em conflito acerca do tema proposto, convém rememorar o que se entende por discricionariedade, vinculação e precariedade.

Discricionariedade é o poder-dever conferido pela lei ao administrador de avaliar a conveniência e oportunidade da prática de determinado ato.

Ao contrário, existe vinculação quando a lei determina a prática de ato, desde que satisfeitos os requisitos nela previstas, sem deixar margem para avaliação de conveniência e oportunidade.

Portanto, ato administrativo discricionário é aquele no qual o administrador tem a competência para avaliar a conveniência e oportunidade para a prática do ato. Ato administrativo vinculado é aquele no qual o administrador não tem competência para avaliar a conveniência e oportunidade para a prática do ato, devendo praticá-lo desde que preenchidos os requisitos legais para tanto.

Já a precariedade se contrapõe à estabilidade do ato administrativo.

Entende-se por revogação a retirada de ato válido baseada na inconveniência da manutenção do ato revogado⁶. A revogação é, ela mesma, ato discricionário. Como a prática de atos vincula-

⁶ Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*) revogação “é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes”.

dos não está sujeita a avaliação de conveniência de oportunidade, apenas os atos discricionários são revogáveis.

Os atos revogáveis são considerados precários, face à inexistência de direito subjetivo a sua manutenção.

A Doutrina da Autorização de Serviço Como Ato Administrativo Obrigatoriamente Discricionário

Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que, no direito brasileiro, o termo autorização associado a ato administrativo pode ter vários significados⁷.

Em um primeiro, “designa o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos”. É ato praticado no exercício do poder de polícia. Exemplo dessa hipótese pode ser encontrado o art. 21, inciso VI, da Constituição da República, que atribui à União competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico.

Em um segundo significado, é o “ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário. Trata-se de autorização de uso”.

Em uma terceira acepção, “autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário. Trata-se de autorização de serviço público”.

A autorização de serviço seria ato administrativo discricionário e precário, diferenciando-se justamente por essas características da licença, ato vinculado e (em consequência) irrevogável.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. ps. 132-133.

De acordo com parcela da doutrina⁸, os incisos XI e XII do art. 21 da Constituição da República empregam o termo autorização no terceiro sentido descrito. Assim, a autorização seria, necessariamente, ato administrativo discricionário e precário. À lei seria vedado dispor de forma diferente, sob pena de transformar a autorização em licença, o que não encontraria respaldo na Constituição.

Além disso, a autorização seria delegação da execução de serviço público ao particular, no interesse próprio deste. Isso porque o art. 176 da Constituição da República admite a prestação de serviços públicos a terceiros apenas sob os regimes de delegação concessão e permissão. A autorização estaria relegada às hipóteses em que o serviço não envolvesse prestação a terceiro.

Essa doutrina afirma o caráter público do serviço delegado, mesmo quando sua prestação ocorre apenas no interesse do particular. Sendo a autorização ato de delegação de serviço público, não seria compatível com a vinculação, visto que “a idéia de serviço público é incompatível com natureza vinculada de outorga”⁹.

Em suma, tal doutrina defende que a Constituição utilizou o termo autorização em seu art. 21, incisos XI e XII, em sentido próprio, ou seja, como ato administrativo discricionário que delega a execução de serviço público no interesse exclusivo do particular.

⁸ Dentro outros Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Parcerias na administração pública*), Dinorá Adelaide Musetti Grotti (*Regime jurídico das telecomunicações*, p. 469).

⁹ Di Pietro, p. 136.

A Doutrina da Autorização de Serviço Como Ato Administrativo Não Obrigatoriamente Discricionário

Em contraponto à doutrina da discricionariedade obrigatória do ato administrativo de autorização, parcela da doutrina¹⁰ vê viabilidade jurídica e méritos na adoção de vinculação do ato de autorização de serviços.

Como primeiro argumento, afirma tal doutrina que o art. 21 da Constituição emprega a palavra autorização “sem lhe definir desde logo o sentido”, deixando ao legislador ordinário “a tarefa de atribuir ao conceito de ‘autorização’ contornos mais definidos, os quais tanto poderão caracterizá-la como ato discricionário, como quanto ato vinculado, e, pois, como licença”¹¹.

Argumento também utilizado é de que os serviços previstos nos incisos do art. 21, incisos XI e XII, não são necessariamente públicos. Nas hipóteses em que prepondere o interesse do particular na execução de fração da atividade enquadrada dentre os serviços do art. 21, incisos XI e XII, não se estaria diante de prestação de serviço público – “o elenco do art. 21 tem de ser interpretado no sentido de que haverá serviço público somente se presentes alguns requisitos específicos e determinados”¹².

Leciona Eros Roberto Grau que o simples fato de uma determinada atividade econômica constar da Constituição como de competência de ente da federação não faz com que todas as parce-

¹⁰ Dentro outros Almiro do Couto e Silva (*Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares*), Alexandre Santos de Aragão (*As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP*), Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (*Direito Administrativo*) e Juarez Freitas (*O controle dos atos administrativos*).

¹¹ SILVA, Almiro do Couto e. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares*. P 70.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*.

las dessa atividade econômica sejam necessariamente enquadradas como serviço público¹³.

Com isso, parcelas das atividades descritas nos incisos XI e XII do art. 21 não poderiam ser enquadradas como serviço público. Tomemos por exemplo a transmissão de imagens captadas por câmeras dentro de um condomínio para monitor localizado em guarita de vigilância. Tem-se transmissão, por fio, de imagens, o que se enquadra dentro do conceito de telecomunicações, conforme explicitação do conceito trazida pelo art. 60, §1º, da Lei 9472/97, Lei Geral de Telecomunicações (Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza). Ainda assim, sua estruturação e prestação é de interesse exclusivo dos condôminos.

Nesse caso, embora a atividade esteja enquadrada dentro do conceito de telecomunicações, não poderá ser considerada serviço público, mas atividade econômica “em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado”¹⁴.

Tendo em vista que o art. 175 da Constituição prevê a delegação de serviços públicos apenas nos regimes de concessão e permissão, a autorização serviria para a delegação de atividades que, muito embora enquadráveis dentre os serviços previstos no art. 21, não atenderiam os requisitos necessários para serem considerados serviços públicos.

¹³ A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 7ª ed., p. 164: “a afirmação isolada de que o texto constitucional eleva determinadas parcelas da atividade econômica em sentido amplo à categoria de serviço públicos (os chamados serviços públicos por definição constitucional) é equívoca, pois inúmeras vezes ocorre incluírem-se tais parcelas na categoria das atividades econômicas em sentido estrito”.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit.

Com isso, a autorização do art. 21, incisos XI e XII, serviria para delegar parcelas das atividades arroladas que não poderiam ser consideradas serviço público, mas atividade econômica em sentido estrito. Tal autorização seria semelhante àquela tratada pelo art. 170 da Constituição da República, segundo o qual “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Como leciona Couto e Silva, a lei prevista pelo art. 170 “deverá especificar as condições para a expedição da autorização, as quais, uma vez preenchidas, irão gerar para o interessado o direito subjetivo à obtenção da ‘autorização’, que aí, como ato vinculado, será na verdade, licença”.

Semelhante situação ocorreria com a autorização do art. 21: a lei que tratar de cada um dos serviços constantes dos incisos XI e XII deveria tratar dos requisitos para obtenção da autorização, diminuindo o espaço de discricionariedade do administrador, ou mesmo suprimindo tal espaço. Com isso, rebate-se o argumento de que a idéia de serviço público é incompatível com a vinculação da outorga.

No que se refere às vantagens da vinculação do ato de autorização, a doutrina da inexistência obrigatória de discricionariedade ressalta que a vinculação é importante instrumento para observância do princípio da igualdade, visto que a autorização será necessariamente deferida ao interessado que atender aos requisitos legais para tanto ou, inexistindo viabilidade de deferimento da autorização em número ilimitado, àquele que vencer licitação. Dessa maneira, seriam evitados favorecimentos incompatíveis com as finalidades públicas.

São esses, em suma, os argumentos daqueles que defendem a possibilidade de eliminação da discricionariedade do ato de autorização.

Análise das Doutrinas em Confronto

Não há dúvida que os serviços relacionados no art. 21, incisos XI e XII, são titularizados pela União. Incumbe à lei estabelecer se serão prestados pela própria União ou delegados sob os regimes de concessão ou permissão ou autorização. Nesta última hipótese, quer os serviços delegados sejam considerados públicos ou apenas atividade econômica em sentido estrito sujeita à autorização, entendemos incumbir à lei deliberar acerca da discricionariedade ou vinculação do ato de delegação.

O emprego da palavra autorização pela Constituição não é censurável, visto que afirma de forma indubitável a titularidade do ente público sobre os serviços e deixa claro que a delegação dos mesmos aos particulares depende de juízo de conveniência e oportunidade de sua titular. Caso a redação da Constituição tivesse optado pelo termo licença, estaria sugerindo a existência de direito subjetivo público à delegação, não restringível pela lei ordinária. Com isso, a decisão de empregar a palavra licença colocaria em dúvida a própria titularidade do serviço pelo ente público. Assim, entendemos perfeitamente adequada a utilização da palavra autorização.

No entanto, é demasiado afirmar que o juízo discricionário é necessariamente relegado ao ato administrativo de delegação.

Isso porque é juridicamente possível que a avaliação da conveniência e oportunidade seja feita pelo legislador infraconstitucional e veiculada no diploma legal que regulamenta a autorização de um determinado serviço previsto no art. 21, incisos XI e XII. Assim, a lei pode formular um juízo negativo absoluto de conveniência – do tipo não se autorizará a fração tal do serviço tal – ou um juízo positivo absoluto de conveniência – do tipo será autorizado tal fração do serviço tal ao interessado que atender a tais requisitos.

Em ambas as hipóteses, haverá vinculação do administrador, sem que se deixe de observar a competência da União para realizar juízo de conveniência acerca da delegação da fração do serviço. O juízo de conveniência será apenas exercida de forma antecipada pelo legislador, preservando-se, em sua essência, o sentido da palavra autorização empregada pelo art. 21.

Por outro lado, nada impede que a lei que disponha sobre a autorização de algum dos serviços relegue certa margem de discricionariedade ao administrador. A autorização não precisa necessariamente ser vinculada. O que se afirma é apenas a viabilidade de receber tal tratamento.

Tratada a autorização como ato vinculado, não haverá espaço para sua revogação, visto que, como já afirmado, essa modalidade de retirada dos atos administrativos é exclusiva dos atos discricionários.

Indo além, mesmo nos casos em que a autorização é ato discricionário, o princípio da segurança pode recomendar sua irrevogabilidade. Já em 1966, Miguel Reale afirmava que, para alguns setores, a permissão deveria ser tratada como irrevogável, visto que a possibilidade de resolução “ad nutum” pela administração não protegeria o planejamento e o investimento realizados pelo permissionário¹⁵. Tal raciocínio revela tendência à proteção das expectativas do administrado em detrimento da posição de superioridade da administração. Com a evolução dos institutos, essa tendência ganhou corpo. A própria Constituição previu, em seu art. 223, §4º (tratando da radiodifusão sonora e de sons e imagens), hipótese de impossibilidade de extinção da permissão por ato administrativo¹⁶. Não vemos porque, ainda que a administração se reserve o direito de avaliar a conveniência e oportunidade de autorizar, não possa abrir mão de revogar, por prazo determina-

¹⁵ *Natureza Jurídica da Permissão e da Autorização*.

¹⁶ “O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial”.

do, a autorização deferida. Com isso, cria-se expectativa de manutenção da autorização, o que pode ser indispensável ao desenvolvimento de alguns setores.

Há que se ter presente, no entanto, que o serviço autorizado não deixa de ser titularizado pelo ente público. Ao contrário do que possa parecer¹⁷, se por um lado a lei tolhe a discricionariedade do ato administrativo de delegação, ou impede sua revogação baseada em critérios de conveniência e oportunidade da administração, por outro lado o autorizado não tem direito de oposição contra a mudança do regime jurídico da autorização¹⁸.

Com isso, alterações legislativas podem alcançar o regime jurídico das autorizações em execução, extinguindo-as, ou passando a prever sua revogabilidade por ato administrativo.

Não incumbe ao autorizado direito de impor a manutenção da autorização extinta por essa via, em face da já afirmada inexistência de direito adquirido à manutenção do regime jurídico.

A extinção da autorização nessas condições é perfeitamente legítima e, em princípio, não enseja direito a indenização.

Assim, a afirmada irrevogabilidade da autorização não pode ser tida em termos absolutos, o que demonstra a compatibilidade entre a titularização dos serviços pelo ente público e a instituição de delegação estável.

¹⁷ Dinorá Adelaide Musetti Grotti chega a afirmar que a Lei Geral de Telecomunicações, ao tratar a autorização como ato vinculado, “não o exercício do serviço, como acontece na autorização, permissão ou concessão, mas a própria atividade, ou, pelo menos, uma parte dela, o que não encontra respaldo na Lei Maior”.

¹⁸ A Lei Geral de Telecomunicações afirma de forma expressa a inexistência de direito adquirido à manutenção do regime jurídico da autorização (A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação), mas ressalva, no parágrafo único do referido artigo, que as alterações devem conceder prazo suficiente para adaptação dos autorizados (As normas concederão prazos suficientes para adaptação aos novos condicionamentos).

Ademais, a vinculação traz benefícios para a administração e para o particular.

Primeiramente, assegura a observância do princípio da igualdade, como leciona Almiro do Couto e Silva¹⁹:

“Na delegação de serviços públicos, a exigência de prévia licitação para a concessão e a permissão satisfaz ao princípio isonômico. Mas o mesmo não se poderá dizer, pelo menos em muitas hipóteses, relativamente à autorização, concebida como ato de exercício de competência discricionária. O ato administrativo de delegação de serviço público, como ato vinculado, afasta a dificuldade, conformando-o com a regra constitucional da igualdade”.

Além disso, cria ambiente de estabilidade propício para que o interessado planeje investimentos em serviços sujeitos à autorização, confiando na obtenção da mesma uma vez satisfeitos os requisitos legais para tanto. Também assegura ao administrado a estabilidade da autorização obtida, face à impossibilidade de sua revogação por motivos de conveniência e oportunidade.

Esse ambiente de estabilidade pode ser especialmente satisfatório ao interesse público em setores sujeitos à autorização em que os custos de mobilização e desmobilização são elevados e nos quais o desenvolvimento da concorrência é conveniente.

A opção pela vinculação ocorreu no setor de telecomunicações (associada à delegação por autorização de parcelas do serviço de telecomunicações destinadas a prestação a terceiros, cuja constitucionalidade está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal na Adin 1668), como forma de estimular e desenvolver a concorrência no setor.

Por motivo diverso, a opção pela vinculação também ocorreu na radiodifusão sonora. A Constituição da República prevê ser a radiodifusão serviço de competência da União delegável por au-

¹⁹ Op. cit.

torização, concessão ou permissão (art. 21, inciso XII, a). A competência para outorga da delegação é do Poder Executivo (art. 223). No entanto, o ato de outorga somente produz efeitos após aprovação pelo Congresso Nacional (art. 223, § 3º).

Ocorre que a Constituição afirma o direito de expressão (art. 5º, inciso IX) e o Brasil assumiu, pelo Pacto de San Jose da Costa Rica, art. 13, item 3²⁰, o dever de não restringir tal direito “por vias e meios indiretos”, “como o abuso de controles oficiais ou particulares (...) de frequências radioelétricas”. Como a deliberação do Congresso Nacional é ato político e imotivado, a compatibilização da Constituição da República com o dever assumido pelo Brasil sobre direitos humanos passa pela absoluta vinculação da fase do procedimento de delegação a cargo do Poder Executivo e pela estabilidade da delegação, suprimindo juízos discricionários acerca da instauração (e conclusão) do procedimento ou de preferência entre interessados.

A Lei 9612/98 (Lei da Radiodifusão Comunitária) tratou da autorização para o “Serviço Radiodifusão Comunitária” eliminando qualquer resquício de discricionariedade por parte das autoridades administrativas. O procedimento de autorização inicia mediante manifestação de interesse na exploração do serviço em uma determinada localidade por uma entidade (art. 9º). Existindo viabilidade técnica, a administração deve (a lei não deixa qualquer espaço para análise de conveniência ou oportunidade)²¹ iniciar processo licitatório simplificado regulamentado pela própria Lei 9612/98, abrindo oportunidade para habilitação de outros interessados (além daquele que requereu o início do procedimento). A escolha da entidade a ser autorizada segue a critérios objetivos (§§ 5º e 6º do

²⁰ Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

art. 9º), mais uma vez não deixando margem para avaliação de conveniência pela administração.

Nota-se que a supressão da discricionariedade pode, por razões diversas, convir ao interesse público e mesmo à concretização dos direitos fundamentais.

Por essas razões, entendemos que não existe obrigatoriedade na vinculação da delegação de frações dos serviços previstos nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição da República. Entendemos, outrossim, que a supressão da discricionariedade pode, em muitas hipóteses, convir ao interesse público e mesmo à concretização dos direitos fundamentais.

Em consequência do exposto, não vislumbramos inconstitucionalidade nas leis que eliminam a discricionariedade do administrador, como feito pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9472/97) e pela na Lei da Radiodifusão Comunitária (9612/98).

Conclusão

Após a análise doutrinária acerca do tema, concluímos que a autorização prevista nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição da República não precisa ser necessariamente materializada por ato administrativo discricionário e precário.

²¹ Ressalvamos que, muito embora a Lei da Radiodifusão Comunitária ou o seu decreto regulamentar (Decreto 2615/98) não prevejam qualquer hipótese de realização de juízo discricionário por parte da administração, a Norma Complementar do Ministério das Comunicações 1/2004 previu a possibilidade de avaliação de interesse público quanto à instauração do procedimento. A Lei da Radiodifusão Comunitária, em seu art. 9º, §10, afirma que, uma vez requerida a instauração do procedimento de autorização e verificada sua viabilidade técnica, “o Poder Concedente **publicará** comunicado de habilitação e **promoverá** sua mais ampla divulgação para que as entidades interessadas se inscrevam”. Imperatividade semelhante é empregada pelo art. 13 do Decreto. Já a NC 1/04, no item 3.2.1, dispõe que o requerimento poderá, “considerado o interesse público”, resultar na instauração do procedimento. Parece-nos evidente a crise de fundamento da norma de menor hierarquia.

Muito embora tradicionalmente em nosso direito a palavra autorização represente ato administrativo com essas características, não é possível afirmar que a Constituição tenha utilizado tal rigor ao empregá-la.

Assim, nada impede que o legislador avalie a conveniência e oportunidade da autorização ao interessado que satisfizer determinados requisitos, anulando a esfera de discricionariedade do administrador quanto ao deferimento da delegação.

Semelhantemente, o legislador pode prever que a autorização, uma vez deferida, adquira certa estabilidade, não sendo revogável por conveniência e oportunidade da administração.

Ainda que a autorização receba tratamento de ato vinculado ou irrevogável, não haverá delegação indevida da titularidade do serviço ao particular. A inexistência de discricionariedade protege o particular apenas contra os juízos do administrador. A União mantém o direito de extinguir ou alterar o regime jurídico da autorização por lei. Em face da titularidade do serviço pelo poder público, o particular não tem direito de oposição contra a extinção de autorização nessas condições.

A adoção de vinculação e irrevogabilidade da autorização pode ser conveniente ao interesse público em relação a algumas frações dos serviços titularizados da União. Foi o que ocorreu nas telecomunicações, em face dos altos custos de mobilização e desmobilização envolvidos na exploração da atividade e do interesse público no desenvolvimento da concorrência no setor. Também ocorreu na radiodifusão sonora em face da imperiosidade de eliminar juízos discricionários que pudessem dificultar a delegação do serviço, colidindo com a liberdade de expressão consagrada na Constituição e em tratados internacionais.

Além disso, a eliminação da discricionariedade assegura a observância ao princípio da igualdade, visto que cria o direito subjetivo à obtenção da autorização àquele que satisfizer aos requisi-

tos legais e (caso inexista viabilidade de deferimento da autorização a todos os interessados) vencer certame licitatório.

Por essas razões, concluímos que a interpretação mais adequada da Constituição da República é aquela que assegura ao legislador a possibilidade de dispor acerca dos requisitos para a obtenção ou revogação da autorização. Caso o legislador entenda conveniente, poderá eliminar a discricionariedade do administrador. Assim, os diplomas legais que eliminam a discricionariedade do administrador, tratando a autorização como ato vinculado são compatíveis com Constituição.

Bibliografia

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP. In: *Revista de Direito Administrativo vol. 228* – abril/junho 2002. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. Malheiros, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. In: *Revista dos Tribunais ano 92*, v. 813, julho 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Saraiva, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. Saraiva, 1990.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios constitucionais*. 2. ed. Malheiros, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. Concessão de direito real de uso – concessão, permissão e autorização de serviço público e empresas estatais prestadoras de serviço público. In: *Revista Trimestral de Direito Público 5*. Editora Malheiros.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Intervenção do estado na economia. In: *Revista dos Tribunais ano 4, n. 15*, abril-junho de 1996.

_____. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. In: *Revista dos Tribunais* ano 4, n. 15, abril-junho de 1996. In: *Boletim de Direito Administrativo*, ano XVIII, n. 6, junho/2002. São Paulo: Editora NDJ Ltda, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema de parceria entre os setores público e privado. Execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada desses institutos. In: *Boletim de Direito Administrativo*, ano XIII, n. 2, fevereiro/1997. São Paulo: Editora NDJ Ltda, 1997.

REALE, Miguel. Natureza Jurídica da Permissão e da Autorização. In: *Direito administrativo (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro – Forense, 1969.

SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? In: *Revista de Direito Administrativo* vol. 230 – outubro/dezembro 2002. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda, 2002.

SILVA, Américo Luis Martins da Silva. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Gestão alternativa de serviços públicos. In: *Revista de Direito Administrativo* vol. 219 – janeiro/março 2000. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda, 2000.